

Recurso 165/2021

Resolución 439 /2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 5 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **L.A.G.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación de 10 de marzo de 2021 por el que se excluye su oferta a los lotes 1, 2 y 3 en el procedimiento de licitación del “Acuerdo Marco de servicios de arquitectura e ingeniería relativos a las obras de edificación de la Universidad de Sevilla” (Expte. 20/AMSERARQ), convocado por la citada Universidad, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 27 de febrero de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 660.000 euros. El día 11 de mayo de 2020 los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

En la sesión celebrada el día 10 de marzo de 2021, la mesa de contratación acordó excluir las ofertas presentadas por L..A.G. a los lotes 1, 2 y 3 de la licitación, por encontrarse estas fuera de rango.

SEGUNDO. El 25 de marzo de 2021, tuvo entrada en el registro auxiliar del Pabellón de Brasil de la Universidad de Sevilla escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por L.A.G. contra el citado acuerdo de la mesa de contratación, de 10 de marzo de 2021, en el que su oferta es considerada fuera de rango, y no es incluida en el orden de clasificación de las ofertas. El recurso se recibió el 12 de abril de 2021 en este Tribunal junto con la documentación necesaria para la tramitación del mismo, remitida por el órgano de contratación.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo concedido para ello las presentadas por los licitadores J.A.S.R., J.L.R.J. y J.M.S.S. Todos ellos se adhieren a los motivos del recurso respecto de la entidad que resultó adjudicataria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

El acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de licitación de un contrato promovido por la Universidad de Sevilla. La competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto se ha venido residenciando en el convenio formalizado el 14 de enero de 2013 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Sevilla, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

No obstante, el convenio citado es anterior a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que introdujo en nuestro ordenamiento un nuevo régimen jurídico de los convenios administrativos definiendo como tales *“los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común”*.

Pues bien, la Disposición Adicional octava de dicha Ley estableció el régimen de adaptación de los convenios vigentes a su entrada en vigor -que se produjo el 2 de octubre de 2016- previendo en su apartado 1 lo siguiente:



“Todos los convenios vigentes suscritos por cualquier Administración Pública o cualquiera de sus organismos o entidades vinculados o dependientes deberán adaptarse a lo aquí previsto en el plazo de tres años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley.

No obstante, esta adaptación será automática, en lo que se refiere al plazo de vigencia del convenio, por aplicación directa de las reglas previstas en el artículo 49.h).1.º para los convenios que no tuvieran determinado un plazo de vigencia o, existiendo, tuvieran establecida una prórroga tácita por tiempo indefinido en el momento de la entrada en vigor de esta Ley. En estos casos el plazo de vigencia del convenio será de cuatro años a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley”.

En el supuesto examinado, el convenio antes mencionado suscrito con la Universidad de Sevilla tenía un año de duración, previéndose en el mismo la prórroga anual cuando, llegado el momento de su extinción, no hubiera sido denunciado por ninguna de las partes. En este contexto, por aplicación del segundo párrafo del apartado 1 de la disposición adicional citada, la adaptación del convenio en lo relativo a su plazo de vigencia operó automáticamente, pasando a ser dicho plazo de cuatro años a contar desde el 2 de octubre de 2016.

Lo anterior supone que el convenio ha estado vigente hasta el 2 de octubre de 2020. No obstante, en virtud del principio de colaboración -ex artículo 3.1 k) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público-, teniendo en cuenta que la presente licitación se inició cuando aún el convenio no había expirado, hemos de considerar que la contratación promovida por la Universidad de Sevilla se encontraba bajo el ámbito temporal de vigencia del convenio.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora, respecto de los lotes impugnados, en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación, respecto de los lote 1, 2 y 3, de un acuerdo marco cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.



En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acuerdo de exclusión fue adoptado por la mesa de contratación en sesión celebrada el 10 de marzo de 2021. El acuerdo de exclusión fue notificado a la recurrente través de la plataforma de contratación del sector público el 11 de marzo de 2021. Por tanto, el recurso presentado en el Registro del órgano de contratación el 25 de marzo de 2021 se habría interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: argumentos de las partes.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta comenzando por las alegaciones de las partes en relación con la exclusión de las ofertas de la recurrente a los lotes 1, 2 y 3 del acuerdo marco.

1. Argumentos de la recurrente.

La recurrente interpone el presente recurso, solicitando a este Tribunal que *“se rectifique el acuerdo, ACEPTANDO la oferta económica por mi presentada entendiéndola como un error producto de la falta de claridad del Pliego de Clausulas Administrativas Particulares, y de manera similar al licitador 0041838616 UTE ROMA INGENIEROS CONSULTORES, S.L.-MAD ARQUITECTURA S.L.P. se corrijan los valores a unos porcentajes razonables de HT sobre el PEM de 7,45% para el lote 1, 7,95% para el lote 2 y 7,66% para el lote 3, o de forma similar al error del licitador FRESNEDA&ZAMORA ARQUITECTURA S.L.P., se me incluya en ese caso con el porcentaje indicado en mi oferta y O puntos de baremación”*.

El acuerdo recurrido había sido adoptado por la mesa de contratación, tras la valoración de las ofertas por la comisión técnica conforme a los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula, en relación con las proposiciones presentadas por la recurrente a los lotes 1, 2 y 3 del acuerdo marco, al concluir que *“En virtud de los criterios valorados mediante la aplicación de fórmulas indicados en el Anexo H, apartado 5.4, la oferta está fuera de rango”*.

En su defensa, la recurrente alega las siguientes circunstancias, que resume en su escrito de alegaciones:

“1.- Que el motivo de exclusión al considerar fuera de rango la oferta presentada es producto de un error de interpretación del PCAP y sus anexos, error que han cometido varios licitadores lo cual entiendo que es indicio de una falta de claridad en la exposición del mismo.



- 2.- Que el PCAP hace referencia para la presentación de la oferta al anexo III y que este es una hoja de Excel sin ningún tipo de explicación de su funcionamiento ni de cuales son los criterios para admitir o excluir ofertas.
- 3.- Que las explicaciones a la hoja Excel (anexo 3 o H, ya que tiene ambas denominaciones) que servía como oferta económica están en un documento denominado DOC202002251039013+2+Anexos+PCAP.pdf, lo cual puede ser motivo del error e interpretación, al no estar adecuadamente referenciado.
- 4.- Que lo porcentajes ofertados no son vinculantes, sino sólo son un límite máximo de Honorarios Totales a cobrar tras un procedimiento en el que se vuelven a ofertar los Honorarios a percibir, por lo que la excesiva cuantía ofertada, producto de un error, puede ser subsanada en ese nuevo procedimiento.
- 5.- Que la inclusión dentro del Acuerdo Marco no garantiza ninguna contratación, pero su exclusión si limita el acceso a las posibles contrataciones a realizar por la Universidad de Sevilla, de manera que la resolución que se ha adoptado considerando determinadas ofertas fuera de rango y admitiendo otras con errores o con cantidades muy alejadas de los porcentajes recomendados por el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Arquitectos, que en este caso además supone que no puede ser aumentados en la posterior licitación, lo que daría lugar a un pago de servicios totalmente irrisorio, perjudica a los intereses de los licitadores excluidos y su inclusión no perjudica ni a otros licitadores ni a la Universidad de Sevilla”.

2. Argumentos del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe mantiene la exclusión de las ofertas de la recurrente solicitando la desestimación del recurso.

3. Alegaciones de las entidades interesadas.

Han formulado alegaciones los licitadores J.A.S.R., J.L.R.J. Y J.M.S.S. Los tres habían presentado ofertas a distintos lotes del acuerdo marco que habían sido excluidas por el mismo motivo que la oferta de la recurrente. Todos ellos expresan su acuerdo y suscriben los argumentos expuestos por la recurrente en su escrito de recurso, solicitando que se rectifique el acuerdo de exclusión para que se acepten sus ofertas.

Si bien A.S.R., además de adherirse al recurso solicita a este Tribunal “Que se tenga por interpuesto el presente escrito con los documentos adjuntos que al final de este escrito se señalan, se sirva admitirlo y tener por interpuesto RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN frente al Acuerdo de la Mesa de Contratación de la Universidad de Sevilla de fecha 11/03/2021, por el que se excluyen las proposiciones por mi presentadas en los lotes 3, 4 y 5 del expediente N°20/AMSERARQ, Acuerdo marco de Servicios de arquitectura e ingeniería relativos a las obras de edificación de la Universidad de Sevilla, y previa la tramitación legal que corresponda, se rectifique el acuerdo ACEPTANDO la oferta económica por mi presentada, entendiéndola como un error producto de la falta de claridad del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de manera similar al licitador 0041838616 UTE ROMA



INGENIEROS CONSULTORES, S.L. MAD ARQUITECTURA S.L.P. se corrijan los valores a unos porcentajes razonables de HT sobre el PEM para los lotes 3, 4 y 5 o de forma similar al error del licitador FRESNEDA&ZAMORA ARQUITECTURA S.L.P. se me incluya en ese caso con el porcentaje indicado en mi oferta y 0 puntos de baremación”.

Los licitadores J.L.R.J. y J.M.S.S., cuyas ofertas fueron excluidas de la licitación por el mismo motivo que las de la recurrente, en sus escritos de alegaciones muestran su acuerdo con los argumentos de la recurrente solicitando en ellos que se rectifique el acuerdo de exclusión para que se acepten sus ofertas.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal

1. Sobre la adhesión al recurso.

Como cuestión preliminar al examen de las alegaciones expuestas por las partes en el anterior fundamento, es necesario que nos detengamos en los escritos presentados por J.A.S.R., J.L.R.J. Y J.M.S.S., en la fase de alegaciones del presente procedimiento. Al respecto, hay que acudir al artículo 56, punto 3 de la LCSP que dispone que, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición, el órgano competente para la resolución del recurso dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. El escrito presentado por dicha mercantil se ubica dentro de un procedimiento ya iniciado, el recurso interpuesto por L.A.G., y su finalidad procesal es la de conocimiento como parte interesada y, en su caso, oposición a los alegatos de aquella, sin que en dicho procedimiento esté prevista la posibilidad de adhesión al recurso ya presentado por parte de terceros interesados.

En cuanto al escrito presentado por J.A.S.R., en el que solicita se tenga por formulado en tiempo y forma recurso especial en materia de contratación, a mayor abundamiento, de calificarse dicho escrito como interposición de recurso especial en materia de contratación, procedería su inadmisión por presentación fuera de plazo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 50 de la LCSP.

Por todo ello, este Tribunal no tendrá en cuenta las manifestaciones realizadas en los referidos escritos como alegaciones del procedimiento instruido para la resolución del presente recurso.

2. Sobre el fondo del asunto.

Con carácter previo al análisis de fondo del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de contratación que culminan con la exclusión de la oferta de la ahora recurrente, para lo que se han de tener presentes las disposiciones del PCAP en lo que aquí interesa.



El anexo II del citado pliego , sobre la documentación preceptiva a presentar junto con las proposiciones dispone:

“Los licitadores presentarán tres archivos

- Archivo 1: documentación acreditativa de los requisitos previos

- Archivo 2: documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor

- Archivo 3: documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas.

(...)

ARCHIVO Nº 3 RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS

Documentación a incluir:

1. Proposición económica conforme al Modelo que se acompaña junto con los pliegos. Anexo H Se adjunta anexo explicativo de aplicación de la fórmula.”

En cuanto a los “CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN”, el anexo III indica:

“B. CRITERIOS VALORADOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS (100 puntos)

VER ANEXO H”.

Pues bien, en el citado “ANEXO APLICACIÓN DE FÓRMULA” del PCAP, donde se explica el cálculo de la fórmula a aplicar a los datos que los licitadores cumplimenten en el anexo H, para los lotes 1 a 4, entre los que se encuentran las ofertas cuya exclusión es objeto de este recurso, se dispone:

“Para la aplicación de los criterios de fórmula, invitamos a cada licitador interesado en participar que aporte, en el Anexo H, los porcentajes de honorarios a percibir en base al presupuesto de ejecución material (en adelante PEM).

(...)

*No obstante, para poder cumplimentar la información en el Anexo H es necesario tener en cuenta las siguientes cuestiones relativas a los **lotes 1 al 4**:*

(...)

5.4. Se considerarán ofertas fuera de rango y, por tanto, excluidas de la licitación a aquellos valores tales

$$|X_j - \bar{X}| > 3s$$

Por tanto, el PCAP contempla con claridad como causa de exclusión que las ofertas estén fuera de rango, sin que la recurrente defienda en su recurso que su oferta a los lotes 1, 2 y 3 se encuentra dentro del mismo. Como se ha expuesto en el anterior fundamento de derecho, la recurrente considera que ha cometido “*un error producto de la falta de claridad del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares*”.



Al efecto, se ha de recordar el contenido del artículo 139 de la LCSP que dispone “1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, (...)”. En este sentido, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal, los pliegos que rigen el contrato son “lex inter partes” o “lex contractus” y vinculan a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas, y al propio órgano de contratación.

En este sentido se pronuncia el órgano de contratación en su informe al recurso, y así lo hemos sostenido, entre otras muchas, en nuestra Resolución 188/2020, de 1 de junio: “En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero y 251/2018, de 13 de septiembre, entre otras muchas) la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, lex contractus o lex inter partes que vinculan no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos”.

La presentación de las proposiciones por parte de la recurrente implica la aceptación incondicional de los pliegos como ley entre las partes, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que no consta que ni la recurrente ni ninguna otra licitadora haya impugnado en su día el contenido de los mismos, necesariamente han de estar ahora a lo establecido en ellos, en particular a la causa de exclusión consecuencia de haber presentado una oferta fuera de rango.

Por otra parte, como afirma el órgano de contratación en su informe al recurso respecto a la falta de claridad de los pliegos ahora alegada “si la recurrente hubiera tenido dudas sobre su aplicación o le hubiera resultado confuso, podría haber utilizado el mecanismo de preguntas y respuestas de la licitación o, en último caso, podría haber impugnado los pliegos en plazo, por la pretendida oscuridad que alega tras ser excluida”.

De este modo, se ha de desestimar el recurso, pues los argumentos vertidos en su escrito de recurso no desvirtúan la causa de exclusión, por el contrario, admite implícitamente que su oferta está fuera de rango, aunque considera que se debe al error consecuencia de la falta de claridad de los pliegos.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA



PRIMERO. Desestimar el recurso interpuesto por **L.A.G.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación de 10 de marzo de 2021 por el que se excluye su oferta a los lotes 1, 2 y 3 en el procedimiento de licitación del “Acuerdo Marco de servicios de arquitectura e ingeniería relativos a las obras de edificación de la Universidad de Sevilla”(Expte. 20/AMSERARQ), convocado por la citada Universidad.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

